Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XXVII.

Rechtsfall.

1) Wann tritt, nach teutſchem Recht, des Pupillen geſetzliches Pfandrecht auf das Vermögen des teſtamentariſchen Vormundes ein?

2) Stehet dem Pupillen oder Curanden ein geſetzliches Pfandrecht auf das Vermögen des Protutors oder Procurators zu?

3) Der vor der teutſchrechtlichen Beſtätigung zur gestio ſchreitende Vormund iſt wenigſtens als Protutor nach Röm. Recht zu beurtheilen.

Von Genſler.

Im Jahr 1793 verſtarb Cajus und hinterließe einige unmündige Kinder. Für dieſe hatte er in ſeinem Teſtament den Titius als Tutor ernannt. Solcher unterzog ſich auch dem Vormundſchaftsgeſchäfte, und führte die Tutel und Curatel fort bis zur Volljährigkeit ſeiner Curanden. Jetzt forderten dieſe den Abſchluß der Rechnung, und am Ende der deshalb im Jahr 1810 eröffneten gerichtlichen Proceßhandlungen wurde Titius am 25ſten Auguſt 1814 zur Zahlung eines Eigenreſtes von 3000 fl. rechtskräftig verurtheilt. Im Laufe dieſes Rechtsſtreits, nämlich am 10ten Mai 1814, ertheilte Titius dem Marcellus gerichtlich eine Hypothek auf ſein ſämtliches Vermögen, wegen einer Forderung von 10000 fl. Als die Kinder des Cajus in Hinſicht auf jene durch die Rechtskraft liquiden 3000 fl. die Hülfsvollſtreckung betrieben, erklärte ſich Titius für überſchuldet. Der Gantproceß wurde eröffnet. Marcellus kämpfte mit den Kindern des Cajus über die Priorität, indem er des Gegenſchuldners gerichtliche Beſtätigung als Vormund jener Mitliquidanten verneinte. Dieſe ſtellten nebenbei die Behauptung auf: „die dem Marcellus am 10ten

Mai 1814 gegebene Hypothek sey von Seiten des Titius in der böslichen Absicht eingeräumt worden, um seine übrigen Gläubiger zu beeinträchtigen.“ Acten über die von Gerichts wegen geschehene Vormundschaftsbestellung fanden sich nicht vor; die Kinder des Cajus bezogen sich aber eventuell darauf, daß Titius gerichtsnotorisch als Tutor und Curator viele Jahre hindurch sich geirrt habe, als solcher vom Gericht anerkannt und verurtheilt worden sey, mithin wenigstens als Protutor und Procurator einem wahren Tutor und Curator in jeder Hinsicht ganz gleich hafte, sollte anders desselben gerichtliche Bestätigung überhaupt nöthig gewesen seyn. Sie bezogen sich auf das gesetzliche Pfandrecht der Pflegebefohlnen und dessen, des Marcellus Hypothek vom 10ten Mai 1814 weit übersteigendes, Alter. In dem Locationserkenntniß wurde Marcellus den Kindern des Cajus vorgesetzt, letztern jedoch der Beweis nachgelassen,

1) entweder der gerichtlichen Vormundschaftsbestellung,

2) oder des Titii bei der Ertheilung der Hypothek an den Marcellus gehegten bösen Absicht, seine übrigen Gläubiger zu hintergehen.

Des Caji Kinder erachten sich weder zu jenem noch zu diesem Beweis verbunden; sondern, das Rechtsmittel der Revision ergreifend, werfen sie sich, zur Erwirkung einer reformatorischen, sie dem Marcellus vollocirenden, Sentenz, hauptsächlich auf das Rechtsprincip:

„auch das Vermögen eines Protutors und Procurators „sey dem Pupillen und minderjährigen Curanden gesetzlich „verpfändet.“

Könnte man bei der Entscheidung dieses Rechtsfalls rein und blos von den Verordnungen des Römischen Rechts ausgehen, so würde sich irgend ein Zweifel nicht auffinden lassen. Denn der kraft väterlicher Gewalt testamentarisch ernannte Vormund bedurfte bekanntlich gar keiner obrigkeitlichen Bestätigung; von dem Augenblick an, wo des Testators Wille ihm bestimmt bekannt wurde [1]), war derselbe, wollte und konnte er von einer legalen Excusation binnen legaler Frist keinen Gebrauch machen [2]), gesetzlich berechtiget und verbunden, der Vormundschaftsverwal-

1) Besonders durch Eröffnung des Testaments. L. 6. §. 5. 62.

2) Thibaut, in dem System des Pandectenrechts, §. 511 ff. ibi leg.

ſich zu unterziehen [3]), und von dieſem Augenblick an legte auch das Geſetz ein Pfandrecht auf ſein jetziges und künftiges Vermögen, zur Sicherheit des Pflegebefohlnen [4]).

Allein teutſches Recht gebietet: „daß ein jeglicher Vormund, er ſey teſtamentsweiſe verordnet, oder durch das Recht oder den Richter gegeben, ſich der Vormundſchaft nicht unterziehen ſolle, die Verwaltung ſey ihm denn dazu zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen“ [5]). Dieſes obrigkeitliche Decerniren und Befehlen giebt den Begriff der gerichtlichen Beſtätigung. Wenn gleich nun die Anſicht, „es habe jene geſetzliche Vorſchrift den römiſch-rechtlichen Unterſchied der Vormünder aufgelöst, und alle Vormünder ſeyen als tutores dativi zu beurtheilen, unrichtig und irrig iſt [6]), ſo folgt doch aus jenem teutſchen Geſetz unſtreitig ſo viel, daß auch der im Teſtament ernannte Vormund zur Eröffnung der gestio nicht eher verbunden iſt, als bis die Obrigkeit zu dieſer Thätigkeit ihn ermächtiget [7]), und daß mithin auch erſt von dieſem Zeitpunkt an die Verpfändung ſeines Vermögens als reif angeſehen werden kann [8]). Zu weit aber und in das Abſurde würde es führen, wollte man daher weiter folgern, auch dann, wann der teſtamentariſche Vormund die obrigkeitliche Anweiſung nicht fordere oder erwarte, ſondern vorher zur gestio greife, trete das geſetzliche Pfandrecht des

---

3) L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 7. §. 1, Dig. 26. 7. L. 5. Cod. 5. 38.

4) L. 6. §. 4. Cod. 6. 61. mit den Geſetzen Note 17. A. G. Bauer, in diss. ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris adficiat. Lips. 1761. §. 11. seq.

5) Reichspoliceiordnung v. J. 1548. Tit. 31. §. 2. und v. J. 1577. Tit. 32. §. 2.

6) Thibaut, a. a. O. §. 515. lit. Note 9. Höpfner, in dem Comm. zu Hein. Inſt. §. 180 u. 185.

7) Das allgemeine, an den ernannten Vormund ergangene, geſetzliche Verbot, „er ſolle ſich der Vormundſchaft nicht unterziehen, bis u. ſ. w.,“ macht es zweifelhaft, ob er dennoch zwangspflichtig ſey, in den Fällen ohne obrigkeitliche Erlaubniß einzugreifen, wo Gefahr mit dem Verzug verbunden iſt. Gewöhnlich aber wird dieſes, in Bezug auf das Hülfsrecht. L. 7. pr. D. 26. 7. bejahet. Thibaut, a. a. O. §. 515. Lauterbach; in coll. theor. pract. Lib. XXVII. Tit. VII. §. 5. und dies wohl aus dem ſtarken Grund, weil derogirende Geſetze enge zu erklären ſind.

8) Arg. L. 6 §. 4. Cod. 6. 61. ibi verb. „vel deferendae“ rel. L. 2. in fine Cod. 5. 29. Meißner in der Lehre v. ſtillſchw. Pfandrecht. §. 119. Note 59.

Pupillen nicht ein. Die Absicht und der Grund des obigen einheimischen Gebotes und Verbotes ist gerade auf eine Verstärkung der Sicherheit der Unmündigen und Minorennen gerichtet [9]; deren Pfandrecht wird dort auf keine Weise beschränkt, oder gemindert; und das gemeine Hülfsrecht bleibt also für alle die Verhältnisse ungeändert stehen, welche sich aus dem Reichsgesetz nicht entscheiden lassen [10]. Dies Princip müßte schon in dem Fall zur Richtschnur dienen, wo die Obrigkeit im Decerniren und Befehlen säumig ist, der seine Pflicht fühlende testamentarische oder gesetzliche Vormund aber seine Pflegebefohlenen der obrigkeitlichen Zögerung nicht Preis geben will. Noch mehr greift es also dann ein, wenn der Vormund aus irgend einer weniger löblichen Motive wider den Buchstaben des Gesetzes handelt. In allen solchen Fällen ist er dem tutor verus noch weit näher, als der Protutor; ja er ist jenes wirklich in Hinsicht auf das Testament [11]. Könnte und wollte man aber den nicht confirmirten, zur gestio voreilenden, testamentarischen Vormund auch nur die Eigenschaft eines Protutors beilegen, so würde man doch auf diesem Weg zu dem nämlichen Ziel gelangen. Denn dessen Rechts- und Verbindlichkeitsverhältnisse sind in dem Reichsgesetz gar nicht berühret, vielweniger geändert oder aufgehoben; nach dem eingreifenden Hülfsrecht aber sind die Protutoren und Procuratoren in Ansehung des Pflichtverbandes eines wahren Tutors diesem überall gleich [12]. Der Protutor soll den nämlichen Fleiß anwenden [13], und die actio tutelae, hier actio protutelae benannt, solle gegen ihn statt finden [14]. Wo aber jene Platz greift, hat sie auch das gesetzliche Pfandrecht im Hintergrund [15].

---

9) Wortdeutlich spricht dieses §. 1. des angezogenen Reichsgesetzes aus.

10) Thibaut a. a. O. §. 39.

11) In Hinsicht auf seine Qualität kann man hier sagen: confirmatio nil dat. novi. Mevius, in Decis. P. VI. dec. 334. P. VII. dec. 232.

12) Dig. Lib. 27. Tit. 5.

13) L. 4. Dig. 27. 5. mit L. 53. Dig. 47. 2. Heft II. nr. XIX. S. 262. f. d. Arch.

14) Protutelae actionem necessario praetor proposuit; nam quia rel. idcirco in utrumque casum auctionem scripsit, ut sive tutor sit, sive non sit, actione tamen teneretur. Ulpianus L. 1. pr. D. 27. 5.

15) So verhält es sich sogar mit dem tutor. honorariis notitiae causa, insofern die actio tutelae gegen sie gegeben ist. L. 1. Cod. 5. 38. Meißner, a. a. O. §. 117. nr. 5. und Note 45. ibi all.

Es war auch das ältere bloſe Vorzugsrecht der Pupillen und Minderjährigen in Hinſicht auf das Vermögen ihrer Vormünder auf das der Protutoren und Procuratoren ausdrücklich erſtreckt [16]; und wenn ſich auch eine gleiche buchſtäbliche Erſtreckung der jenen Pflegebefohlnen nachher ertheilten ſtillſchweigenden Hypothek [17] nicht fände, ſo folgt ſie doch aus der berührten generellen und durchgreifenden Gleichſtellung beiderlei Acten der Vormünder und der gegen ſolche ſtatt findenden Rechtsmittel von ſelbſt. Es iſt aber auch für zweifellos anzunehmen, daß die angezogenen, allgemein ſprechenden Geſetze unter den Tutoren und Curatoren auch die Protutoren und Curatoren [18] verſtehen, und daß letztere eher ſtärker verpflichtet ſeyn ſollen, als die wahren Vormünder, da die Geſetzgebung ein beſonderes Intereſſe hat, die Unmündigen und Minderjährigen gegen freiwillige Ergreifer der Vormundſchaftsverwaltung noch ſicherer zu ſtellen [19], als gegen Subjecte, welche zu dieſem läſtigen Geſchäft zwangspflichtig ſind.

In Rückſicht auf alles dieſes verdient noch Betracht, daß das in dem Reichsgeſetz verordnete Decerniren und Befehlen, durch welches die Beſtätigung, d. h. die obrigkeitliche Genehmigung, des teſtamentariſchen Vormunds ſich ausſpricht, weder eine datio iſt [20], noch zu verwechſeln mit der

---

16) L. 25. Dig. 27. 3. L. 19. §. 1. L. 23. Dig. 42. 5.

17) L. 26. Cod. 5. 37. L. 5. Cod. 5. 30. Nov. 118. Cap. 5. in fine. Meißner, a. a. O. §. 114. ff. Dabelow, in der Entw. d. L. v. Conc. der Gläubiger, Cap. VIII. nr., XVII. S. 233. ff.

18) Eben ſo allgemein ſpricht L. un. §. L. Cod. 5. 13. quemadmodum in administratione pupillarum rerum rel. tacitas hypothecas inesse accipimus rel. Es bleibe hier zur Seite geſtellt, daß die Praxis dieſe Geſetze auf das Vermögen aller Curatoren, und ſogar der Adminiſtratoren des ſtädtiſchen Vermögens u. ſ. w., anwendet. Thibaut, a. a. O. §. 643. ibi all.

19) Die Verordnung der allegirten Reichspoliceiverordnung gehet von dieſem Blick ausdrücklich aus. Sie will das Einmiſchen unbefugter und unfähiger Tutoren verhüten. Aber auch das Röm. Recht, obwohl weniger ſtrenge in der obrigkeitlichen Aufſicht über das Vormundsweſen, bezweckt deutlich, daß die Pupillen im Verhältniß auftretender Protutoren wenigſtens eben ſo ſtark gedeckt ſeyn ſollen, als im Verhältniß zu den im höchſten Sinne wirklichen Tutoren. Der ganze Titel der Pandecten: de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit ſpricht jenes aus.

20) Gegeben iſt der teſtamentariſche Vormund ſchon durch das Teſtament. Iſt ein erheblicher Tadel an ihm nicht zu erfin-

Verpflichtung, Vereidigung, des Tutors. Jene Beſtätigung kann voraus gehen, und dieſe Verpflichtung lange nachher getrennt nachfolgen [21]). Sie, die Beſtätigung, iſt vollendet, ſobald die Obrigkeit den Vormund zur Thätigkeit veranlaßt. Hierzu iſt gemeinrechtlich eine beſondere Form, ein feierliches förmliches ſchriftliches Decret, keinesweges erforderlich, und auch das Reichsgeſetz gedenkt mit keinem Wort jener Formbedingung [22]). Wer wollte aber zweifeln, daß auch eine Obrigkeit ihren Conſens ſtillſchweigend, durch Connivenz und poſitive Facta, ausſprechen könne [23])? Ließe nun die zur Beſtätigung berechtigte und pflichtige Behörde geſchehen, daß Titius als Vormund der Kinder des Cajus unter ihren Augen langjährig ſich gerirte, ließe ſie von demſelben ſich Rechnungen ſtellen, urtheilte über ſeine vormundſchaftlichen Pflichten u.ſ.w., ſo vertritt dieſes die Stelle des Decernirens und Befehlens, i. e. die Aeußerung der Anerkennung des verwaltenden Vormunds als ſolchen; und man muß alſo annehmen, daß wenigſtens von dieſer Zeit an das Pfandrecht des Pupillen über des Tutors Vermögen ſich verbreitet. Ja es entſpringt aus jenem Benehmen und Benennen der Obrigkeit die Vermuthung, Titius ſey von derſelben ausdrücklich beſtätiget worden [24]). Und wenn ſolches dennoch für ungewiß anzuſehen

---

den, ſo kann ihn die Obrigkeit nicht übergeben oder zurückweiſen; ſie muß ihre Genehmigung, d. h. Beſtätigung ertheilen. Auch hierinnen hat das Reichsgeſetz nichts geändert. Höpfner, a. a. O. §. 185.

21) Das Reichsgeſetz l. c. §. 2 mit §. 3 giebt dieſes deutlich zu erkennen, ſo daß man bei dem teſtamentariſchen Vormund drei Acte unterſcheiden muß, a) die datio im Teſtament, b) die confirmatio, c) die Vereidigung.

22) Das Decerniren und Befehlen läßt ſich auch ſo denken, daß die Ausfertigung eines tutorii dort mit nicht verbunden iſt.

23) Im Gefolge der ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Genehmigung einer negotiorum gestio u. dgl. kann ja dieſe die Natur eines Mandats annehmen, und jene kann bis zum Anfang des Rechtsgeſchäfts zurückwirken. L. 60, Dig. 50. 17. L. 1. §. 5. D. 13. 5. L. 6 §. 0. D. 17. 1. L. 12. §. 4. D. 16. 3. L. 7. Cod. 4. 18. L. 25. Cod. 5. 10. L. 10. §. 1. D. 20. 1.

24) Man ſtellt ja auch ſonſt zu Gunſten der Obrigkeit die Regel auf: legalitas praesumitur, wann äußere Merkmale des Vollzugs eines amtspflichtigen Geſchäfts ſich darbieten. Cap. 6. X. 1. 9. Cap. 16. in fine X. 2. 27.

wäre, ſo würde abermals das Hülfsrecht mit dem Zuruf hervortreten: „eben deshalb ſoll es für gleichviel geachtet werden, ob jemand verus tutor oder nur Protutor ſey, quia magni errores intercedere solent, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit, et sic gesserit, an vero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit. [25]).

Obige Rechtsprincipien hatte das Richteramt von ſelbſt auf die in den Acten verliegende factiſchen Verhältniſſe anzuwenden, wurden ſie auch dort nur leiſe und unvollkommen, oder gar nicht berührt [26]).

Unerwogen bleibt übrigens hier die ſchuldige Rückhaft der zur Beſtätigung des Vormundes pflichtigen und dieſelbe unterlaſſenden Behörde. Es ſollte nur kurz gezeigt werden:

daß die Kinder des Cajus zu obiger Beweisführung nicht verbunden, vielmehr auch ohne dieſe mit ihrer Forderung dem Marcellus vorzuziehen ſind.

Denn wenigſtens das Alter [27]) beſtimmt hier den Vorrang.

XXVIII.

Kann der Richter Einreden, insbeſondere die Einrede der Verjährung, von Amtswegen ſuppliren?

Von dem

Hofrath und Profeſſor v. Krüll zu Landshut.

Die überreichte Klagſchrift ſoll der Richter vorzüglich von dem Geſichtspunkt aus prüfen: ob die Klage gegen den gewähl-

---

25) L. 1. pr. in f. D. 27. 5.

26) L. un. Cod. 2. 11. M. Handb. zu Martins Lehrbuch des I. g. h. Proceſſes. Thl. I. Abhandl. III. S. 67 f.

27) Thibaut, a. a. O. §. 660. ibi leg. Note O. Ein Vorzugsprivilegium läßt ſich nur inſoferne geſetzlich nachweiſen, Meißner, a. a. O. §. 120, als der Vormund mit dem Geld des Pflegebefohlnen eine Sache erkaufte. L. 7. pr. Dig. 20. 4. L. 3. pr. 27. 9.